

PROCESSO - A. I. Nº 2069770200/09-3
RECORRENTE - N. CLAUDINO E CIA. LTDA. (ARMAZÉM PARAÍBA)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0384-03/09
ORIGEM - INFAS JACOBINA
INTERNET - 18/03/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0027-12/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, sendo que, do valor do imposto apurado, somente poderá ser deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, quando destacado na documentação fiscal. Infração comprovada. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que confirmou totalmente o lançamento fiscal, condenando o autuado no valor de R\$64.740,03, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

O Auto de Infração, lavrado em 17/06/2009, exige ICMS em razão de três infrações, das quais, apenas a de número 3 é motivo do Recurso Voluntário interposto, vez que as infrações 1 e 2 foram reconhecidas pelo contribuinte. A infração 3 tem a seguinte descrição:

Infração 03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Antecipação tributária sobre telefone celular e acessórios automotivos (som e kit alto-falante), provenientes da matriz, situada no Estado da Paraíba, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008. Valor do débito: R\$54.174,73.

A 3ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, pela procedência da autuação, para exigir do autuado o pagamento do imposto no valor de R\$ 64.740,03, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, “in verbis”.

“O autuado impugnou somente a infração 03, tendo informado nas razões de defesa que reconhece a procedência das exigências fiscais consubstanciadas nos itens 01 e 02, pelo que efetuou o recolhimento do imposto apurado nestas infrações. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

A infração 03 trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Antecipação tributária sobre telefone

celular e acessórios automotivos (som e kit alto-falante), provenientes da matriz, situada no Estado da Paraíba, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, conforme demonstrativos de fls. 29 a 52 do PAF.

Observo que se trata de aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária interna, e os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, e § 7º, do RICMS/BA, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

O autuado alegou que o autuante não levou em consideração o ICMS referente à operação própria, pertencente ao Estado de onde se originou a mercadoria. Reproduz o art. 396 do RICMS/PB e diz que o fato de não ter ocorrido destaque do ICMS nas saídas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária deveu-se ao programa de geração de Nota Fiscal da empresa. Mesmo sem ter efetuado destaque do imposto nas notas fiscais emitidas, os 12% pertencentes ao Estado da Paraíba já haviam sido recolhido quando da entrada da mercadoria neste Estado. O defensor reconhece o montante de R\$27.012,02, conforme demonstrativo que elaborou às fls. 187/188 do PAF, entendendo que em relação ao valor remanescente, houve apenas descumprimento de obrigação acessória quando deixou de destacar o ICMS relativo à operação própria.

Em relação ao cálculo do imposto a ser recolhido por antecipação tributária, o art. 357 do RICMS/BA, estabelece: "O ICMS a ser retido ou antecipado será calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas sobre a base de cálculo prevista nos termos do art. 61, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte".

Entendo que neste caso, a legislação deste Estado prevê a possibilidade de deduzir o imposto de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, no valor destacado na documentação fiscal. Por outro lado, de acordo com o § 4º do art. 93 do RICMS/BA, "quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador". Portanto, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, sendo que, do valor do imposto apurado, somente poderá ser deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, quando destacado na documentação fiscal.

Observo que nos documentos fiscais objeto da autuação não houve destaque do ICMS relativo à operação própria, de responsabilidade do remetente, fato reconhecido pelo defensor nas razões de defesa, que alegou ter sido recolhido o ICMS Substituição Tributária aos cofres do Estado da Paraíba. Diz que o Regulamento do ICMS daquele Estado disciplina em seu art. 396, que o ICMS destacado na operação interestadual de venda/transferência de produtos sujeitos ao regime da substituição tributária em que já tenha ocorrido o pagamento do ICMS/ST correspondente, seja efetuado o estorno de débito. Portanto, além de não ser possível vincular os documentos de arrecadação do outro Estado às Notas Fiscais constantes deste PAF, o próprio contribuinte informa que o Regulamento do Estado da Paraíba também prevê a necessidade de destaque do imposto no documento fiscal, para fins de estorno de débito.

Assim, como não houve o destaque do imposto nos documentos fiscais objeto da autuação e não houve qualquer regularização mediante emissão de Nota Fiscal complementar, conforme previsto na legislação deste Estado, entendo que não há como acolher a alegação do autuado e permitir a dedução do crédito fiscal, na forma pretendida nas razões de defesa.

Acatando os cálculos efetuados pelo autuante, conluso pela procedência da infração 03, conforme demonstrativos elaborados às fls. 29 a 52 do PAF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Devidamente cientificado, o Contribuinte protocoliza tempestiva impugnação colacionada às fls. 291 a 296 para insistir que não pode a infração 3 subsistir em razão de ele, contribuinte, haver apresentado cálculo "justo e correto para apurar o valor do ICMS". Assevera que o autuante não levou em consideração o ICMS referente à operação própria, pertencente ao Estado da Paraíba, de onde se originou a mercadoria.

Insiste que, em sede de defesa suscitou os seguintes pontos:

1. que o ICMS-ST foi pago quando da primeira aquisição pela filial de Cajazeiras ao Estado da Paraíba, conforme demonstram os documentos de arrecadação estadual (anexo III) e notas

fiscais de compras (anexo IV), bem como o livro fiscal registro de entradas (anexo VI), tudo conforme o RICMS do Estado da Paraíba.

2. que o fato de não ter ocorrido o destaque do ICMS (12%) nas saídas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária deve-se a um erro no programa de geração de nota fiscal da empresa. Alega que, mesmo sem ter feito o destaque nas notas fiscais do ICMS da operação própria, o valor devido ao Estado da Paraíba, já havia sido recolhido, quando da entrada da mercadoria no Estado da Bahia.
3. informa que a legislação paraibana determina que o ICMS destacado nas operações interestaduais de venda/transferência de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária nos quais já tenha ocorrido o pagamento do imposto por substituição, seja efetuado estorno do débito, com vistas à não ocorrência da bitributação.

A propósito do item 3 acima, aduz que a procedência do caso em baila constitui bitributação, sendo certo que o valor residual de R\$27.162,72 não deve ser recolhido no Estado da Bahia o que significaria ferir o princípio da não-cumulatividade (art. 155, II, §2º, I e II da Constituição Federal do Brasil). Afirma ainda, sobre a imperatividade da aplicação deste princípio, visto se tratar de norma constitucional de eficácia plena e, portanto, não ficar sujeita a variações de opiniões.

Segue, em pedido alternativo ao provimento do presente Recurso Voluntário, postulando pelo cancelamento da multa, nos termos da art. 158 do Decreto nº 7.629/99, segundo o qual quando as multas por descumprimento de obrigações acessórias não forem praticadas com dolo ou fraude podem ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF.

Acrescenta que, se ainda assim, a multa for mantida requer que seja aplicada, tão-somente sobre o valor reconhecido por ele, contribuinte, unicamente na infração 3, que monta em R\$ 27.162,72 e não sobre o total R\$ 64.740,03, que soma os valores já reconhecidos, quais sejam: 10.124,51; R\$ 440,79 e R\$ 27.012,01.

A PGE/PROFIS, com Parecer da lavra da Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, relata, inicialmente, o reconhecimento das infrações 1 e 2 pelo autuante. No que se refere à infração 3, acompanha a Decisão de primeiro grau, não acolhendo o pleito do recorrente de abater os valores referentes à operação própria, pertencente ao Estado onde se originou a mercadoria, uma vez que não houve destaque do valor do imposto na documentação fiscal, o que impede a dedução do crédito fiscal na forma pretendida pelo recorrente. Assim, rechaça a tese recursal.

No que diz respeito ao cancelamento das multas em face do recolhimento das infrações 1 e 2, entende a ilustre Procuradora que devem ser mantidas, pois o pagamento das infrações 1 e 2 , reconhecidas pelo recorrente, ocorreu em momento posterior à lavratura do Auto de Infração.

Opina, por fim, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O contribuinte traz em suas razões de Recurso Voluntário questionamento acerca de bitributação, que, a seus olhos, ofende ao preceito constitucional da não-cumulatividade da exigência tributária. É oportuno observar que o art. 167 do RPAF estabelece que não se inclui na competência dos órgãos julgadores deste CONSEF, inciso I - a declaração de inconstitucionalidade. Devo salientar que os argumentos recursais se fundamentam na legislação do ICMS do Estado da Paraíba e, pelos trechos transcritos pelo próprio recorrente, em nada conflitam com a legislação do mesmo imposto do Estado da Bahia, ou seja, não há que se pensar em bitributação, sobretudo o contribuinte, *lato sensu*, atende ao que preceitua a legislação a que

está submetido.

No mérito, a infração 3 exige ICMS por haver o Contribuinte deixado de efetuar o recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA.

De início, verifico que a rigor do art. 125, II, e § 7º, do RICMS/BA, estabelece que o recolhimento do imposto, no caso que se discute, deveria ter ocorrido na entrada da mercadoria no território do Estado da Bahia ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, condicionado ao fato de o Contribuinte estar ou não credenciado.

O recorrente reconhece devido parte do valor exigido pelo fisco, por isso mesmo requer que sejam abatidos os valores de ICMS referentes à operação própria, pertencentes ao Estado de onde se originou a mercadoria. Em que pese a tese recursal repousar em elementos encontrados na legislação de outro estado, a legislação do Estado da Bahia, a qual devo seguir, prevê a possibilidade de dedução do imposto de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, contudo, se destacado o valor imposto no documento fiscal, conforme disposto no art. 357 “caput” do RICMS/BA abaixo transcrita.

Art. 357. O ICMS a ser retido ou antecipado será calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas sobre a base de cálculo prevista nos termos do art. 61, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.

Especificamente no caso em apreciação, o contribuinte deixou de proceder ao destaque do imposto no competente documento fiscal, conforme apontou o autuante e reconheceu o recorrente. À luz da legislação do ICMS da Bahia, tal infração impede a dedução do crédito fiscal na forma pretendida pelo recorrente. Por outro lado, o art. 93, § 4º do RICMS/BA, informa que quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal, a utilização do crédito fiscal ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar. Observo que, pelos elementos trazidos aos autos, tal fato também não aconteceu.

Isto posto, não restam dúvidas de que no caso em tela, cabe ao recorrente efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, quando destacado na documentação fiscal.

Assim, nos deparamos com o fato de que não é possível vincular os documentos de arrecadação do Estado da Paraíba às Notas Fiscais presentes neste PAF; com o fato de que o contribuinte transcreve norma daquele Estado que prevê a necessidade de destaque do imposto no documento fiscal, para fins de estorno de débito, como também determina a norma do Estado da Bahia; e com o fato de que não houve o destaque do imposto nos documentos fiscais objeto da autuação e não houve qualquer regularização mediante emissão de Nota Fiscal complementar, conforme previsto no RICMS/Ba. Tais fatos alicerçam o entendimento de que não há como se sustentar os argumentos do recorrente.

Por fim, postula o recorrente o cancelamento da multa, nos termos da art. 158 do Decreto nº 7.629/99. Impende destacar que o recorrente labora em equívoco quando quer reputar as infrações em discussão como descumprimento de obrigações acessórias. Ocorre que as multas aplicadas são pelo descumprimento de obrigação principal e encontram previsão na Lei nº 7.014/96, corretamente capituladas infração a infração.

No que tange à não aplicação da multa sobre as infrações 1 e 2 em razão do pagamento do imposto exigido, entendo que deve ser mantida em razão de o pagamento haver sido feito em momento posterior à lavratura do Auto de Infração, o que de forma alguma desobriga o recorrente do pagamento das multas impostas.

Desse modo, por tudo o quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida tal como prolatada.

De conformidade com a norma vigente, os valores confirmadamente recolhidos pelo contribuinte, referentes às infrações apontadas no Auto tratado neste PAF devem ser homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206977.0200/09-3**, lavrado contra **N. CLAUDINO E CIA. LTDA. (ARMAZÉM PARAÍBA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$64.740,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS